

PARECER*

por **MARÇAL JUSTEN FILHO***

A Empresa X honrou-me com a solicitação de parecer relacionado com questionamento sobre proposta que apresentou na Concorrência no *oio* - CPL, promovida pelo Estado A, no interesse da Companhia Y do Estado A, e relacionado com o subsistema produtor do Município B. Adiante se encontram os fatos e os quesitos apresentados.

1 — OS FATOS E OS QUESITOS.

1 A Consulente participou da licitação referida e teve sua proposta selecionada como vencedora do lote 1.

De acordo com o disposto no item 7.6.1.4 do Edital, a proposta da Consulente abrangia um anexo contendo “Composição de preços unitários, de acordo com o especificado na Planilha Orçamentária..., discriminando os percentuais de BDI e Encargos Sociais aplicados.” Também se exigia apresentação de demonstrativo da composição percentual para o BDI aplicado (item 7.6.1.6).

2 Após realizada a contratação e iniciada a execução do objeto, foi promovida auditoria do C. Tribunal de Contas da União, com exame inclusive dos elementos do processo licitatório. Foi levantada questão relacionada com informações contidas no demonstrativo de BDI apresentado pela Consulente por ocasião da licitação.

Segundo a manifestação dos órgãos técnicos do TCU, haveria equívoco na planilha evidenciadora do BDI da Consulente, que teria adotado “percentual genérico de 47%, excessivo em relação ao estimado em outras adutoras”. Ademais disso, o BDI teria contemplado “percentuais indevidos no tocante, pelo menos, do PIS (9,94% em vez de 0,65%) e da COFINS (4,35% em lugar de 3,00%). Como se não bastasse, a proposta teria adotado percentual genérico de 136% para encargos sociais, o que superaria estimativas adotadas para execução de outras obras similares. Por decorrência, a proposta apresentada pela Consulente conteria valores superiores aos cabíveis.

* Parecer publicado no ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n.º 94, dez/2001,p. 996-1024

* O autor é Professor Titular da UFPR, Doutor em Direito pela PUC-SP.

3 A Consulente, convocada a manifestar-se, identificou a existência de equívoco na elaboração da planilha, mas pretende a prevalência dos valores nela lançados. Para orientar sua manifestação, solicitou a elaboração do presente parecer, versando sobre os seguintes quesitos:

a) Qual a função de planilhas demonstrativas de formação de preços e custos, exigidas como anexos às propostas dos licitantes?

b) No caso concreto, o edital determinou a função da planilha demonstrativa de BDI?

c) É cabível o licitante comprovar perante o Estado serem corretos os valores numéricos contidos em planilha de BDI juntada com sua proposta, desconsiderando-se a equivocada denominação da rubrica aposta?

d) A descoberta, após encerrada a licitação e formalizada a contratação, de equívoco na elaboração de planilha de BDI configura pressuposto para anulação da contratação?

e) A equivocada denominação lançada pelo licitante na rubrica de planilha de BDI caracteriza vício irreparável, especialmente estando lançados corretamente os valores numéricos correspondentes?

f) O Estado pode considerar como errada de defeito relevante uma proposta em virtude de mero equívoco formal, quando se comprovar que os desemboisos previstos pelo licitante correspondem aproximadamente aos valores constantes em planilha de BDI?

g) O Estado pode considerar como errada de defeito relevante uma proposta sob fundamento de que a esbmativa de encargos sociais é superior àquela adotada em outras contratações?

h) É juridicamente possível o Estado padronizar margens de lucro dos particulares para fins de contratação administrativa, tornando-as uniformes independentemente das circunstâncias de cada contratação?

i) Caracteriza-se defeito quando um licitante elabora proposta com BDI diverso daquele praticado pela própria licitante ou por terceiros em outras licitações?

j) Cada licitante é livre para avaliar, em cada caso concreto, a dimensão do BDI correspondente e adequado a uma determinada obra?

Passo a responder.

II — O EQUÍVOCO OCORRIDO NA PANILHA DE BDI.

4 A Consuente encaminhou ao signatário inúmeros documentos destinados a evidenciar a ocorrência de equívoco específico na elaboração do anexo contendo a planilha de BDI. Adiante se expõe a natureza e a extensão do erro.

4.1 O Edital determinava a apresentação de planilha de BDI, mas não continha um modelo formal, discriminando as várias verbas componentes dos custos dos interessados. Logo, incumbia a cada licitante não apenas formalizar a exposição de seus custos diretos e indiretos, mas também compor graficamente o documento. Caberia identificar as diversas parcelas de composição de custos diretos e indiretos.

4.2 A Consuente montou uma tabela de BOI com perfil específico, contendo dois itens básicos. No item A, identificou a “bonificação” pretendida com uma taxa de 7%. No item B, arrolou despesas indiretas, discriminando quatro subitens, divididos, por sua vez, em outras rubricas.

O subitem 3 foi denominado “impostos” e continha quatro previsões. Aludiu-se a P13 (31), ISS (32), Cofins (3.3) e CPMF (3.4). As cargas fiscais correspondentes que a Consuente lançou foram, respectivamente, de 9,94%, 4,35%, 4,35% e 0,3%.

4.3 O equívoco da Consuente não residiu propriamente no dimensionamento das Jns tributárias. O item 3.1 continha a estimativa dos custos correspondentes a **diversos** impostos federais, cuja incidência produzia reflexos sobre a formação do preço.

Ou seja, a execução da obra acarretaria o surgimento de obrigações tributárias ‘antes a imposto de renda! a contribuição social sobre o lucro e a P15. O somatório da carga tributária foi estimado pela Consuente em 9,94% o que correspondia a uma avaliação-correta e perfeita.

O problema foi que a rubrica do subitem 3.1 deixou de consignar que se tratava de angariar todas aquelas exações. Indicou-se apenas a figura do PIS, cujo impacto econômico-inercial é muito inferior a 9,94%.

Portanto, a questão jurídica reside em qualificar a situação existente, identificando as regras jurídicas aplicáveis e o regime jurídico a que a própria contratação se submete.

III — A AUSÊNCIA DE EQUÍVOCO DE FUNDO E A EVENTUAL DIVERGÊNCIA.

5 Antes de ir avante, é fundamental destacar que o presente parecer não versará sobre a questão de fundo. Tomará em vista dados e informações produzidos por autoridades reconhecidas, no campo hscal e de auditoria.

III.1 — A QUESTÃO DO ITEM 3.1 DA PLANILHA DE ODI.

6 Segundo as informações transmitidas ao signatário, há alguns fatos inquestionáveis 'controversos, a saber:

- a carga fiscal incidente sobre as atividades envolvidas na contratação abrange não apenas o PIS, mas também outros tributos;

- a estimativa de 9,94%, contida no item 3.1 da planilha de BDI, corresponde de modo muito próximo ao impacto tributário gerado pelo PIS, pelo Imposto de Renda e pela Contribuição social sobre o Lucro (dentre outros tributos), sobre o resultado a ser apurado pela Consuente na execução do contrato.

III.2 — A QUESTÃO DO ITEM 3.3 DA PLANILHA DE BDI.

7 Ademais disso, as mesmas informações dão conta de que o custo indireto da FINS, incidente sobre as diversas atividades abrangidas na execução do contrato, não identifica com a alíquota nominal do aludido tributo. Ou seja, a alíquota da COFINS é de mas a incidência do tributo no caso acarretará custo diverso, Segundo parecer de presa especializada, o custo efetivo atinente à COFINS será de 4,41% — muito próximo estimativa realizada pela Consuente por ocasião da elaboração de sua proposta. Como dito a, a Consuente consignou a taxa de 4,35% para o referido encargo fiscal.

III.3 — SÍNTESE: AUSÊNCIA DE ESTIMATIVA INCORRETA.

Os dados expostos por entidade especializada afastam a tese da apropriação levada ou inadequada de verbas na composição de custos da Consuente. Existiu erro, mas não de fundo. Não se tratou de estimativa de despesas inexistentes, mas de omissão da correta descrição dos valores que compunham o custo da Consuente.

Daí resulta que a controvérsia deve ser examinada especialmente sob o enfoque da incorreta indicação da abrangência das verbas e, não propriamente, da superestimativa de alguma despesa.

IV — A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO ACERCA DO FORMALISMO EM LICITAÇÃO.

9 O exame da evolução histórica da interpretação-aplicação da Lei n° 8.666 comprova a prevalência de tendências comuns a todos os ramos do Direito no tocante ao formalismo.

IV.1 — A FORMA E O DIREITO.

10 Em todas as manifestações jurídicas, a forma apresenta enorme relevo. Mas a forma é de extraordinária relevância no tocante aos atos jurídicos propriamente ditos.

10.1 O critério diferencial entre fatos e atos jurídicos se vincula à existência de um vínculo com a vontade¹ de um sujeito de direito.

Os fatos jurídicos são ocorrências verificadas no mundo, aptas a produzir efeitos jurídicos, mas caracterizadas juridicamente como eventos puramente externos, destituídos de relação com a vontade de um sujeito. Assim, uma ocorrência puramente natural pode ser qualificada como **fato jurídico**, na medida em que o Direito preveja que essa mera ocorrência externa desencadeará determinados efeitos jurídicos, independentemente da participação de vontade humana. Assim, por exemplo, um terremoto pode ser fato jurídico impeditivo da exigibilidade de uma obrigação.

Muitas vezes, eventos relacionados com o ser humano são tomados pelo Direito como meros fatos jurídicos. Isso se passa quando é dada relevância à qualidade de eventos da natureza. E o caso da morte, que se constitui em fato jurídico para inúmeros efeitos. O mesmo se passa no campo tributário, em que a configuração de um fato signo-presuntivo de riqueza é suficiente para produzir o nascimento de obrigações tributárias. E tradicional a utilização da expressão **fato gerador**, indicando que se trata de um **fato jurídico**.

Já os atos jurídicos se configuram como eventos relacionados à vontade de uma pessoa. Significa que o ato jurídico é uma ocorrência materializada no mundo físico como emanção da vontade de um sujeito. Nesses casos, é relevante para o Direito não apenas a ocorrência externa, física. Aliás, é muito mais importante para o Direito a vontade interna do sujeito, a qual consiste no real fundamento da produção de efeitos jurídicos. Na clássica lição de Enneccerus, Kipp e Wolff, tem extrema importância, lógica e histórica, o tema de o ato jurídico requerer “além da declaração, uma vontade interna (vontade de negócio) congruente com esta declaração (ou seja, dirigida aos efeitos que se qualificam de efeitos desejados)”.²

Assim, por exemplo, o Direito Penal configura o crime como uma ação punível na medida da culpabilidade. A ausência de vontade pode eliminar a própria

¹ Não pode ser objeto deste parecer a análise do conceito de vontade, inclusive pelas derivações não jurídicas, de natureza biológica, envolvidas. A afirmação da vontade como um processo psicológico livre não significa ignorar todas as disputas sobre o tema, nem importa tomada de posição acerca das diversas teorias, o que se afirma é que a vontade envolve um grau de incerteza e indeterminação muito mais notáveis do que se passa com outros fenômenos naturais. Essa afirmativa até pode revelar-se, com o progresso científico, como falsa. Aliás, o estudo das menores partículas do átomo vai evidenciando a absoluta imprevisibilidade e incerteza acerca do comportamento natural de certos elementos.

² Tratado de Derecho Civil, t. 1 — 2º, v. 1º. Trad. de Bias Pérez González e José Alguer. Barcelona, Bosch Editorial, 1981, p. 309 — original em castelhano.

configuração de um crime, tal como se passa com os atos dos inimputáveis. No direito privado, adota-se regra explícita no sentido de que, “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem” (Cód. Civil, art. 85).

10.2 Em termos muito amplos, poder-se-ia considerar que a forma consiste no modo como algo se passa no mundo. Para fins jurídicos, a forma consiste no modo pelo qual se consuma um evento juridicamente relevante. Quando se consideram atos jurídicos em sentido próprio, a expressão forma indica o meio pelo qual a vontade de um sujeito se exterioriza no mundo externo.

10.3 Uma das diferenças fundamentais entre fatos jurídicos e atos jurídicos se relaciona à questão da forma. A diversa estrutura dos dois conceitos produz decorrências de grande relevo a propósito da forma.

Como um fato jurídico se configura como mera ocorrência no mundo externo, a questão da forma apresenta relevância muito menor. Basta que o evento ocorra no mundo externo, por qualquer via, para serem gerados os efeitos jurídicos a ele vinculados. Suponha-se a questão da abertura da sucessão universal, que deriva do evento morte da pessoa física. Para produção dos efeitos previstos pelo Direito, é irrelevante a causa, o meio ou as circunstâncias pelos quais se produz a morte. É problemático aludir à forma para esses eventos puramente naturais, já que a ausência de vínculo com a vontade humana conduz o Direito a acolher os eventos do modo como se verificarem fisicamente. Qualquer disciplina jurídica que ignore a realidade puramente fática incidirá no âmbito da ficção. O exemplo tradicional se reporta ao Direito Romano, que considerava como morto o soldado capturado pelos inimigos. A regra se destinava, especificamente, a autorizar a abertura da sucessão do cativo.

Totalmente distinta é a disciplina dos atos jurídicos. O Direito considera como relevante a vontade do sujeito. A forma do ato jurídico é o modo através do qual a vontade deixa de ser um processo psicológico puramente interno e se traduz numa manifestação objetiva, no mundo externo. O Direito apanha esse evento externo, mas não por reputá-lo relevante em si mesmo. A relevância do evento externo é derivada da sua aptidão a revelar a vontade de um sujeito.

IV.2 — O FORMALISMO E O DIREITO.

11 Um ato jurídico somente se aperfeiçoa através de manifestação externa, física, da vontade. Mas a natureza intrínseca da liberdade humana e inerente à própria vontade acarreta a possibilidade de variações e escolhas **inclusive** quanto ao modo de sua exteriorização.

Ou seja, a vontade humana é o fundamento que conduz o sujeito a agir ou a não agir. Mas a liberdade de escolha abrange não apenas essa opção. Atinge inclusive os meios pelos quais uma ação ou omissão se aperfeiçoam. Portanto, a forma também

não é sujeita à característica da inevitabilidade³ própria dos eventos da natureza, mas apresenta-se indissociavelmente vinculada ao processo de liberdade que dá identidade à própria vontade humana.

Sob um certo ângulo, poder-se-ia dizer que há uma indissociável vinculação entre as escolhas realizadas pelo ser humano e o meio de sua exteriorização. Até se poderia supor que esse meio de exteriorização pode ser tão relevante para o ser humano quanto a própria escolha entre agir e não agir. Muitas (senão todas as) vezes, a decisão do ser humano se fundamenta sobre o modo através do qual sua vontade se exteriorizará. A forma através da qual a decisão se materializará está intrinsecamente relacionada com a formulação da própria decisão. O mesmo se pode dizer quanto aos efeitos frente a terceiros de uma certa manifestação de vontade. Aliás e nessa linha, adquiriu grande prestígio a abordagem comunicacional (pragmática) dos fenômenos sociais jurídicos e não jurídicos. Durante certo tempo, tornou-se uma máxima generalizada a concepção de que “o meio é a mensagem” que refletiu concepções similares no âmbito jurídico. Chegou-se a aludir a “enunciados performativos”, em que o resultado jurídico pretendido era obtido através da forma através da qual se produzia uma atuação externa.⁴

12 Daí deriva que o Direito pode disciplinar não apenas as manifestações da vontade, como também o modo através do qual a vontade se exterioriza e adquire existência no mundo físico. Na medida em que o modo de exteriorização é relevante para o sujeito, também pode apresentar importância para a comunidade. Daí a possibilidade de o Direito disciplinar não apenas aquilo que pode ou não pode ser feito, mas também o como esse algo poderá ou não poderá fazer-se.

13 O grau de intensidade da disciplina jurídica acerca do modo de exteriorização da vontade do sujeito de direito propicia o surgimento do **formalismo jurídico**. Consiste na elevação da forma de manifestação da vontade humana em categoria jurídica autônoma, objeto de disciplina própria e específica. Quanto maior a preocupação do Direito com o modo de formação dos atos jurídicos, tanto mais intenso será o grau de formalismo jurídico.

Supondo-se que tal fosse possível, a absoluta ausência de disciplina acerca da forma dos atos jurídicos por parte de um determinado ordenamento jurídico acarretaria a correspondente ausência de formalismo jurídico.

³ Insista-se, ainda uma vez, que a expressão **inevitabilidade dos eventos da natureza** é utilizada muito mais num sentido figurativo do que em termos reais. O que se pretende é destacar a submissão dos eventos da natureza a processos de causalidade externos à vontade humana. Existe inevitabilidade apenas no sentido de que não basta o ser humano **querer** para que tal influencie o desenrolar dos eventos da natureza. Já as condutas humanas são relacionadas diretamente a esse **querer**.

⁴ As referências bibliográficas acerca do tema são por demais amplas. Por todos, veja-se Georg F-Ienrik Von Wright (*Norm and Action*, 3~ reimpr. Londres, Routledge & Kegan Paul, 1977), Tércio Sampaio Ferraz jr. (*Teoria da norma jurídica*, 2~ ed., São Paulo, Forense, 1986) e Maria Celeste C. Leite dos Santos (*Poder jurídico e violência simbólica*, São Paulo, Cultural Paulista, 1985).

14 Ressalte-se que o formalismo jurídico não significa a ausência de forma para os atos jurídicos. A vontade se manifesta através de certos modos. Portanto, todo e qualquer ato jurídico apresenta uma forma. O formalismo consiste não na exigência de que os atos jurídicos apresentem forma jurídica, mas se configura como a imposição de que sigam determinadas formas jurídicas como requisito para a produção dos efeitos buscados pelo sujeito. O formalismo se caracteriza pela previsão normativa de que a vontade do sujeito apenas será considerada juridicamente relevante quando adotados determinados modos de exteriorização.

A graduação do formalismo se relaciona com a amplitude maior ou menor das exigências acerca da forma. A ausência de formalismo se configura quando se admite a adoção de qualquer forma para a exteriorização da vontade. Quanto menor a liberdade assegurada aos sujeitos para escolha de alternativas para expressão de sua vontade, tanto maior o formalismo. E assim se passa porque a redução da margem de liberdade do sujeito para produzir escolhas acerca do modo de exteriorização da vontade reflete a idéia de que o como é mais importante do que o quê. A redução da liberdade de escolha acerca da forma deriva da avaliação de que mais importante do que a vontade é o modo pelo qual ela se exterioriza.

A ampliação do formalismo pode atingir o ponto em que haja uma única opção formal para o aperfeiçoamento do ato jurídico. Elimina-se a autonomia da vontade não através da exclusão da liberdade de escolha acerca das condutas a adotar, mas pela rigorosa disciplina sobre o modo de exteriorizar a escolha.

Mas o formalismo pode ultrapassar o nível da pura e simples eleição de uma única alternativa para a exteriorização da vontade. Pode derivar no surgimento de exigências destituídas de utilidade ou significação, o que se denomina de ritualismo jurídico.

O ritualismo é o máximo do formalismo, caracterizando-se quando a produção de efeitos jurídicos é vinculada a um procedimento material consistente numa sucessão rígida e imutável de atos e fórmulas, cujo conteúdo não é propriamente relevante e o significado nem sequer necessita ser conhecido pelos interessados.

IV.3 - O FORMALISMO E A EVOLUÇÃO DO DIREITO.

15 De modo genérico, a evolução cultural conduziu à contínua e permanente redução do formalismo jurídico. Quanto mais simples e rudimentar uma ordem jurídica, tanto maior é o grau de formalismo. Essa asserção pode ser tomada como uma espécie de postulado extraído da observação antropológica.

Assim, a comparação das diferentes culturas demonstra que aquelas em estágio mais rudimentar atribuem à forma importância muito superior à reconhecida à vontade propriamente dita. Assim, atribuem-se caracteres quase mágicos a certas

formalidades, com a necessidade da prática de rituais para a produção de efeitos jurídicos.

O estudo do Direito Romano propicia uma excelente avaliação dessa evolução característica em direção à redução do formalismo. Nos primórdios, o Direito Romano consagrava fórmulas ritualísticas para a formação dos atos jurídicos. Não bastava o consenso entre as partes contratantes, mas era imprescindível a concretização de uma determinada solenidade. Segundo anota John Gilissen, o modo usual de formação dos contratos era a *stipu/aticx* “um contrato formal, no sentido de que era exigida, sob pena de nulidade, a troca de certas palavras solenes entre o credor e o devedor”.⁵ Com o passar do tempo, esse formalismo foi sendo reduzido, a ponto de admitir-se o surgimento de uma pluralidade de formas equivalentes entre si, à escolha das partes, para a obtenção de um mesmo resultado jurídico.

16 Talvez o incremento do formalismo esteja diretamente relacionado à ausência de compreensão dos processos psicológicos humanos. A ausência da capacidade de raciocínio abstrato impede a compreensão da existência de categorias imateriais, de conceitos puramente pensados, cuja existência independe da materialização física. Quanto menos capazes de dominar categorias abstratas, tanto maior é a exigência adotada pelas comunidades acerca do formalismo.

17 Portanto, a evolução histórico-cultural das civilizações vai-se orientando para a sofisticação das categorias de raciocínio, com a ampliação generalizada da capacidade de raciocínio puramente abstrato. Isso permite a toda a comunidade aperceber-se de que um mesmo resultado pode ser obtido através de diferentes vias materiais — as quais são equivalentes entre si. As diferenças acerca da forma vão sendo reconhecidas como irrelevantes, até se chegar ao ponto de admitir que uma formalização muito simplória ou mesmo deficiente não impede a produção dos efeitos jurídicos visados pelo sujeito.

18 A civilização ocidental testemunhou, por todos esses fatores, uma contínua e permanente redução do formalismo jurídico. A medida que se produzia o que se poderia denominar de elevação da capacidade coletiva de raciocínios abstratos, também se eliminavam as exigências de formalismo puramente ritualístico. Isso se passou em todos os ramos do Direito.

19 Mas tal não significou que o formalismo tenha sido proscrito, por ser reconhecido como produto de simplicidade ou incapacidade de compreensão mais elevada dos conceitos.

O que se produziu foi a afirmação de uma função própria e adequada para a forma no Direito.

⁵ *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 731.

19.1 Numa cultura rudimentar, impõe-se o formalismo pela suposição de que as palavras mágicas podem gerar efeitos jurídicos autônomos. A forma seria suficiente (ou indispensável) para condicionar o destino dos fatos, eliminando a incerteza e a insegurança sobre o futuro. Isso significa a concepção da **autonomia** das formas.

19.2 A evolução jurídica é caracterizada pela instrumentalização das formas. A expressão indica o reconhecimento de que a forma não realiza, por si só e geralmente, qualquer valor digno de preservação. Mais propriamente, a disciplina jurídica apenas pode preocupar-se com a forma se isso envolver a realização de algum valor jurídico.

Portanto, admite-se que a forma pode apresentar grande relevância em algumas situações. Há hipóteses em que a realização de importantes valores depende da escolha do modo material de atuação dos interessados. Em muitos casos, a consecução dos valores será sacrificada se algumas formas forem adotadas. Tutela-se a forma como meio de realização de valores, os quais seriam sacrificados em virtude da alternativa adotada para exteriorização da vontade do sujeito.

Ocorre que, na maior parte dos casos, a realização dos valores fundamentais independe da forma pela qual a vontade se materializa. A instrumentalização das formas abrange a concepção de que os valores buscados através da vontade devem ser prestigiados (ou reprimidos) em si mesmos. Na medida em que a forma não seja condicionante da realização dos valores prezados pela ordem jurídica, ela se configurará como questão juridicamente secundária.

19.3 A instrumentalização das formas assenta, ademais, no reconhecimento de que a forma se relaciona com um valor jurídico relevante, mas específico. Consiste na segurança, o que significa uma margem de certeza acerca do conteúdo e da extensão da vontade do sujeito. Reconhece-se, então, que há um valor jurídico de grande importância entranhado com a questão da forma. A disciplina acerca da forma se orienta, então, a eliminar incertezas acerca da vontade do sujeito.

Veja-se que essa concepção significa, em última análise, o reconhecimento da preponderância suprema da vontade. Tutela-se a forma como via de assegurar a realização da vontade. O formalismo jurídico se orienta para assegurar que o modo através do qual se exterioriza a vontade não propicie sua distorção. O formalismo é norteado pelas concepções de eficiência e eficácia da vontade: o meio de manifestação não pode frustrar a realização da vontade que motiva e produz o ato jurídico.

20 No Brasil, todos os ramos do Direito se encaminharam progressivamente para a consagração do princípio da instrumentalidade das formas⁶. E evidente que o

⁶ Frente ao Direito Processual, a instrumentalidade das formas “quer que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo)” (Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco,

prestígio desse princípio foi muito mais intenso no âmbito do direito privado do que no campo do direito público. Tal decorreu da amplitude do princípio da legalidade.

20.1 É que, no tocante ao direito privado, prevalece o postulado de que alguém somente está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei. Por isso, tudo aquilo que não estiver previsto como obrigatório nem proibido em lei se presume como facultado. Logo, o silêncio legislativo acerca da forma é interpretado como remessa à liberdade individual para escolha do meio de produção de um certo ato jurídico.

Já no tocante ao direito público, a configuração do princípio da legalidade é distinta. Adota-se a concepção de que a Administração apenas pode fazer aquilo que estiver previsto em lei, o que significa que o silêncio legislativo importaria a vedação à prática de certo ato (ou adoção de determinada forma jurídica). Daí se extrairia que uma certa forma jurídica apenas poderia ser adotada quando tal estivesse autorizado em lei.

Essa abordagem se afigura como insustentável em face da evolução das concepções acerca do Direito.

20.2 Trata-se de reconhecer que a lei não esgota o universo do Direito, integrado por normas jurídicas orientadas à realização de valores fundamentais. O princípio da legalidade não pode ser uma via de exclusão do compromisso da Administração Pública com os princípios e valores consagrados na ordem jurídica.⁷

Ou seja, a Administração Pública não pode invocar o princípio da legalidade para legitimar condutas contrárias aos princípios jurídicos fundamentais. Isso se passa especialmente quando se considera o silêncio legislativo. A omissão de dispositivo legal não autoriza a Administração a deixar de praticar as ações necessárias à satisfação dos valores tutelados pela ordem jurídica. Se não existe lei determinando a adoção de certa conduta, nem por isso a Administração Pública está desobrigada de tomar as providências necessárias à concretização dos valores de mais elevada hierarquia.

Isso significa uma espécie de releitura do princípio da legalidade, transformado em princípio da juridicidade. A Administração Pública somente pode fazer aquilo que estiver previsto no Direito, ainda que isso não se traduza na existência de uma lei específica sobre o tema.

20.3 Essa consideração se aplica aos diversos campos do direito público, mas também à matéria de forma. Deve-se verificar a compatibilidade de determinada forma com uma previsão legislativa ou com os princípios jurídicos fundamentais.

Teoria geral do processo, 16^o ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 342).

⁷ Por oportuno, lembre-se da previsão do art. 2^o, parágrafo único, inc. 1, da Lei n^o 9.784/99, que determina a observância do critério da “atuação conforme a lei e o Direito” nos processos administrativos.

21 A questão do formalismo nas licitações, especialmente após a vigência da Lei nº 8.666, vem seguindo orientação compatível com as ponderações acima realizadas.

21.1 Por ocasião da entrada em vigor da Lei nº 8.666, destacou-se a concepção intensamente formalista que a acompanhava. Todos os aplicadores da Lei de Licitações se preocuparam com a ampliação do rigor a propósito do formalismo.

21.2 A peculiaridade residia em que o formalismo não constou como princípio fundamental norteador do regime das licitações. Ao menos, o art. 3º não alude ao formalismo. Ali consta, isto sim, a vinculação ao instrumento convocatório como um princípio fundamental, o que é reiterado em inúmeros outros dispositivos (por exemplo, arts. 41; 43, incs. IV e V; 44, 45). No entanto, vinculação ao edital não significa formalismo. Nada impede que se interprete o edital como autorizando diferentes soluções para a forma. Nem há obstáculo a que o próprio ato convocatório consagre soluções não reconduzíveis a uma concepção estritamente formalista.

O art. 4º, parágrafo único, alude à caracterização da licitação como um “ato administrativo formal” A expressão é entranhada por inúmeros equívocos, mas não indica por si só a opção pelo formalismo. Tratar-se de ato formal não significa a exclusão da aplicação da teoria da instrumentalidade das formas.

22.3 Talvez fosse mais correto reconhecer que o formalismo estava subjacente à regulação adotada pela Lei em relação a determinados assuntos. A solução adotada a propósito de inúmeras questões apresentava cunho formalista, o que se caracterizava quando a Lei impunha solução formal única para certas situações.

22.4 A natureza excessivamente formalista da Lei foi objeto de insatisfação generalizada. Não obstante tal, as autoridades administrativas deram aplicação ao Estatuto das Licitações segundo um princípio de estrito formalismo — o qual se refletiu, inclusive, no conteúdo dos atos convocatórios.

Os resultados práticos dessa tendência logo se evidenciaram como incompatíveis com os princípios norteadores da própria atividade administrativa. Produziu-se um fenômeno que o signatário denominou de “gincanização das licitações”. O rigorismo a propósito das formas propiciou o afastamento do critério da vantajosidade como fundamento da seleção da proposta vitoriosa. O êxito na licitação derivava da habilidade mais intensa em atender exigências cuja utilidade era desconhecida ou inexistente.

22.5 Passou-se a identificar, então, o fenômeno do formalismo hermenêutico, ao lado do que seria o formalismo legislativo. A expressão “formalismo hermenêutico” indica concepção norteadora do processo de aplicação do Direito, caracterizada pela prevalência de uma concepção formalista. Nesse caso, não se trata propriamente do fenômeno do rigor legislativo acerca da forma. Existe a postura do

intérprete, favorável à prevalência do formalismo. Portanto, o formalismo acaba por prevalecer não porque a lei o tenha assim determinado, mas como decorrência das concepções adotadas pelo agente encarregado de produzir a solução para o caso concreto.

IV.5 — A INTERVENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.

23 A jurisprudência, inclusive a oriunda do próprio Tribunal de Contas da União, encarregou-se de mitigar alguns excessos, propiciando a extensão ao campo das licitações de técnicas e princípios comuns a todos os ramos do Direito — e, mesmo, a outras áreas do próprio Direito Administrativo.

Uma série de decisões do Superior Tribunal de Justiça, produzidas nos anos de 1997 e 1998, representou um passo significativo em direção à atenuação do formalismo hermenêutico a propósito da Lei de Licitações.

IV.4 — A DISCIPLINA DAS LICITAÇÕES E O FORMALISMO.

O primeiro precedente talvez tenha sido o ROMS 6.198/RJ, julgado em 13 de dezembro de 1995, em que se afirmou que “Defeito menor na certidão, insuscetível de comprometer a certeza de que a empresa está registrada no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, não pode impedir-lhe a participação na concorrência”

Ao julgar o MS n° 5.281/DF, o STJ assegurou a participação em certame licitatório de uma licitante que apresentara documento estrangeiro vertido para o vernáculo por um tradutor no estrangeiro.

Logo após, houve o julgamento do MS n° 5.418/DF, em que se consignou que o princípio da vinculação ao edital não impedia “interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo Judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor, prejudiciais ao interesse público”

Alguns meses após, foi julgado o MS n° 5.779. O STJ afirmou que “A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados...”

Na mesma data (9 de setembro de 1998), o STJ julgou o MS n° 5.361, em

que se reconhecia que “se editado o regulamento”⁸ com extremo rigor, dificilmente surgiriam licitantes. Nada estará a impedir o abrandamento das exigências legais, suprindo, a Administração, certas exigências rebarbativas, em prol do interesse público”.

Questão de grande repercussão foi a disputa envolvendo a licitação promovida pelo TSE para aquisição das urnas eletrônicas. O tema foi levado ao STJ, que denegou a ordem. Houve recuso extraordinário e o STF consagrou a tese da irrelevância de irregularidades menores. A decisão foi proferida no ROMS nº 23.714-1/DF, julgado em 13 de outubro de 2000. A ementa do acórdão está abaixo transcrita:

“Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância, não gera nulidade”

Nesse caso específico, discutia-se a ausência de preenchimento de um anexo da proposta. O licitante não informara os preços unitários atinentes a determinados componentes das urnas eletrônicas, embora o edital tivess~ exigido explicitamente o oferecimento dessa informação.

O STF acolheu o entendimento de que os dados omitidos não apresentavam caráter essencial para o julgamento das propostas, uma vez que o critério de julgamento previsto no edital era o valor da proposta comercial. No voto do Mi Sepúlveda Pertence, foi incorporado trecho das informações da autoridade administrativa, lançados nos termos seguintes:

“Se de fato o edital é a ‘lei interna’ da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de que seja alcançado seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento do interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados”.

24 Tendência similar tem sido adotada pelo C. TCU — o qual, aliás, também rejeitara anteriormente impugnação à mesma licitação para urnas eletrônicas (autos TC 011.764/ 1999-6), ainda que analisada a questão sob outro ângulo.

Apenas para indicar julgados mais recentes, pode-se lembrar a Decisão no 681/ 2000-Plenário (Rel. Mi Walton Alencar Rodrigues), em que se determinou a órgão fiscalizado “que se abstenha de desclassificar propostas de licitantes com base em critérios formais irrelevantes para a sua aferição e não tragam prejuízo aos demais licitantes ou à Adm inistração”.

⁸ A expressão se refere ao ato convocatório.

O tema voltou à consideração quando proferida a Decisão nº 1.065/2000-Plenário. Dentre outras questões, apontava-se a ausência do preenchimento de um campo específico no formulário padronizado de proposta comercial, O voto do Mi Adylson Motta acolheu a informação dos órgãos técnicos do TCU, no sentido de que se tratava de defeito irrelevante.

Na Decisão nº 17/2001-Plenário (Rel. Mm. Adylson Motta), foi adotado entendimento de que “Falhas irrelevantes que não justificam o formalismo exacerbado da inabilitação dos licitantes, sob pena de malferir o interesse público”.

Na Decisão nº 577/2001 (Rel. Mi Iram Saraiva), veio à tona questão indiretamente relacionada ao tema considerado. Um edital determinava que as planilhas de composição de custo tinham função meramente informativa. Um licitante impugnou essa fórmula, sustentando que as planilhas tinham de ser consideradas como elemento essencial para o julgamento. O órgão fiscalizado esclareceu que o critério de julgamento era o valor das propostas. As planilhas destinavam-se a eliminar dúvidas, em casos de controvérsia. Os órgãos técnicos do TCU respaldaram essa opção, destacando que eventual erro na planilha teria de ser assumido pelo licitante. Quando o erro elevasse o valor ofertado, o licitante teria uma proposta menos competitiva. Se o erro acarretasse a redução do valor, o licitante teria de arcar com as conseqüências. Esse entendimento foi acolhido pelo Plenário.

IV.6 — SÍNTESE.

25 Quando editada a Lei de Licitações, pôs-se em destaque a forte disciplina formalista albergada pelo legislador. As exigências acerca da forma deviam ser rigorosamente cumpridas por todos os envolvidos, sob pena de inabilitação ou desclassificação automáticas do interessado.

Com a evolução hermenêutica, essas concepções vêm sendo revistas pela própria doutrina. A diferenciação entre irregularidades formais e vícios materiais vai se afirmando. Exige-se que o defeito na conduta do licitante se traduza numa lesão ao interesse público ou dos demais licitantes, comprometendo os princípios fundamentais da atividade licitatória.

Nem sempre é simples determinar o limite entre o vício suprável e o defeito insanável. Até se pode supor que determinados entendimentos adotados em casos concretos, nos últimos tempos, tenham ultrapassado o limite do adequado, correspondendo a um excesso tão reprovável quanto aquele que prevalecia quando se determinava a exclusão do licitante em virtude de toda e qualquer discordância entre uma proposta e as determinações legais e editalícias. Mas esse é o processo dialético de aperfeiçoamento jurídico, através do qual se superam inadequações ou defeitos dos diplomas legais.

O que se pode extrair dessa análise é a firme e irreversível afirmação da insuficiência da constatação do defeito ou erro material na conduta do licitante. Nenhum efeito jurídico se pode extrair da pura e simples discordância entre a conduta do licitante e o modelo legal-editalício. Constatada a irregularidade, a Administração tem o dever de examinar se houve infração ao interesse público ou comprometimento à competitividade do certame. Ademais disso, deve apurar se o defeito comprometeu a manifestação da vontade do licitante. E imperioso apurar se o defeito reside na **forma** da manifestação da vontade ou na vontade propriamente dita. Se, não obstante o equívoco quanto à forma, a declaração de vontade do licitante for adequada e satisfatória, não há cabimento em impor alguma sanção. A solução é aproveitar o ato, identificando a vontade exteriorizada pelo licitante.

Essa alternativa não exclui, inclusive, a imputação dos efeitos do equívoco ao próprio licitante. Se a irregularidade for hábil a produzir conseqüências exclusivamente na órbita pessoal do licitante, então será descabido a Administração interferir sobre a questão. Não cabe à Administração fiscalizar a organização interna do licitante, revisar cálculos ou projeções que traduzem expectativas de resultado, determinar regras sobre remuneração dos empregados e diretores do licitante e assim por diante. Isso se traduz em manifestação de autonomia empresarial insuscetível de disciplina externa.

Ressalte-se que tal entendimento não foi cunhado para o caso concreto, mas já se havia exteriorizado formalmente em época anterior, tal como se extrai do trecho abaixo indicado:

“A tendência deste comentarista é afastar o problema da inexequibilidade, não apenas no âmbito do pregão, mas em qualquer licitação. A formulação de proposta inexequível é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através da punição exemplar (quando não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso de poder econômico (quando o sujeito valer-se de seu poder econômico para infringir a competição econômica leal)”.⁹

V — A SITUAÇÃO CONCRETA EXAMINADA NO TOCANTE À CARGA FISCAL.

26 Tomando em consideração esses pressupostos, pode-se examinar a situação concreta.

V.1 OS TERMOS DO EDITAL.

⁹ *Pregão*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 109

27 O ato convocatório determinava a obrigatoriedade da apresentação de carta proposta, acompanhada de inúmeras planilhas. O subitem 7.6.1.3 previa que o orçamento analítico deveria conter o valor global da proposta "... incluídos todos os custos seja qual for o seu título ou natureza (frete, encargos fiscais, comerciais, sociais e trabalhistas etc.)". O subitem 7.6.1.4 exigia a indicação da composição de preços unitários, inclusive discriminando os percentuais de BDI e Encargos Sociais aplicados. No subitem 7.6.1.6, estava fixado o dever de apresentação de demonstrativo da composição percentual para o BDI indicado.

Além disso, não se pode ignorar a disciplina contida no item 7.6.2, cuja relevância exige a transcrição da redação literal do dispositivo, tal como se vê adiante:

"Considerar-se-á que os preços fixados pelo licitante são completos e suficientes para assegurar a justa remuneração de todas as etapas dos serviços, da utilização dos equipamentos e da aquisição de materiais. Considerar-se-á, assim, que a não-indicação no conjunto de composições de custos unitários de qualquer insumo ou componente necessário para a execução dos serviços conforme projetados, significa tacitamente que seu custo está diluído pelos demais itens componentes dos custos unitários, itens estes julgados necessários e suficientes, e não ensejarão qualquer alteração do contrato, sob essa alegação".

Diante desses pressupostos, afigura-se evidente a ausência de procedência do questionamento apresentado no douto relatório do C. TCU.

V.2 PRINCÍPIO ALBERGADO NA LICITAÇÃO.

28 A conjugação dos diversos dispositivos referidos no edital evidencia ter-se adotado a opção da natureza meramente informativa das planilhas anexas à proposta comercial. O licitante tinha o dever de formular proposta comercial, cujo valor compreenderia a remuneração por todas as despesas necessárias à execução do objeto licitado — nos limites em que concebido. Portanto, os termos contidos nas planilhas seriam insuficientes para influenciar o julgamento do certame.

Três aspectos específicos do ato convocatório devem ser destacados neste ponto.

V.2.1 A AUSÊNCIA DE DISCIPLINA PUNITIVA NO ATO CONVOCATÓRIO.

29 Em primeiro lugar, o ato convocatório não previa que a existência de algum defeito, incongruência ou inconsistência, nas planilhas acarretaria alguma

conseqüência para o licitante.

Não estava previsto que a comprovação do defeito na planilha acarretaria o refazimento dos cálculos ou a eliminação do licitante. Quando muito, determinou-se que a discordância entre os preços unitários e globais se resolveria pela prevalência dos primeiros. Nem havia a determinação de que a avaliação equivocada acerca do BDI, por exemplo, redundaria na eliminação da proposta.

A ausência de disposição editalícia sobre a matéria acarreta a conclusão jurídica de que o conteúdo desses documentos não apresentava cunho de relevância para fins de avaliação jurídica da Administração.

V.2.2 — A AUSÊNCIA DE MODELO DETERMINADO DE PLANILHAS.

30 Bem por isso, nem sequer existia um modelo determinado para a planilha de BDI, o que somente se pode interpretar como indício inequívoco da ausência de pertinência ou relevância dessa questão. A composição do BDI não traduzia alguma manifestação relevante para o interesse público. Exigia-se que cada licitante exibisse à Administração sua estimativa acerca dos custos e da margem de lucro, mas sem que isso se evidenciasse como um fator de natureza fundamental.

Observe-se que o edital previu modelo para algumas planilhas, atinentes à identificação de custos unitários e outras parcelas. Mas não consagrou um modelo para a planilha demonstrativa de BDI.

Se o edital reputasse que a planilha de BDI seria essencial ou se a ela fosse reservada alguma função relevante, então a Administração teria consagrado uma fórmula padronizada. Existiria um formulário indicando todos os custos indiretos e a margem de lucro, o qual seria objeto de escrutínio e verificação por parte da Administração. Ao não se adotar essa alternativa, consagrou-se a opção de que os custos indiretos e a margem de lucro eram matéria de natureza privada. Incumbia ao licitante produzir estimativa acerca dessas verbas, mas por sua conta e risco exclusivos.

V.2.3 A DETERMINAÇÃO DA “DILUIÇÃO” DOS CUSTOS NOS DEMAIS ITENS.

31 Justamente por isso, o item 7.6.2 estabeleceu a irrelevância da ausência de previsão de alguma despesa (direta ou indireta) por parte do licitante. A regra era a de que o valor ofertado pelo licitante seria suficiente e bastante para cobrir todas as despesas necessárias à execução do objeto. Se alguma outra despesa se revelasse necessária, levando-se em conta os elementos considerados por ocasião da licitação, incumbiria ao licitante arcar com as conseqüências. Reputava-se que o custo necessário ao enfrentamento de outras despesas estaria diluído em outros itens.

32 Ora, a regra do item 7.6.2 apenas poderia ser adotada na medida em que a Administração tivesse admitido que as diversas rubricas continham não apenas a estimativa do custo correspondente, mas também uma margem adicional destinada a remunerar outras despesas eventualmente não indicadas de modo explícito e apartado.

Ou seja, o edital estabelecia um ônus para o licitante, consistente em incluir em suas estimativas todas as despesas possíveis, inclusive diluindo outros encargos nos demais itens específicos.

V.2.4 A VALIDADE DA DISCIPLINA EDITALÍCIA.

33 Ressalte-se que essa alternativa de solução editalícia não pode ser criticada nem como desconhecida da praxe administrativa, nem como inválida. Tal como exposto acima, ao analisar-se a evolução jurisprudencial, há pelo menos duas manifestações das mais altas Cortes acerca da validade e correção dessa opção.

O STF reconheceu que a ausência de preenchimento de uma planilha não se constitui em defeito insanável, prevalecendo o valor global ofertado pelo licitante. O TCU avalizou o entendimento de que um edital pode determinar que a planilha é meramente informativa, arcando o licitante com os efeitos econômicos negativos ou positivos de erro no seu conteúdo.

V.3 AUSÊNCIA DE EFEITOS PELA ESTIMATIVA INCORRETA DO BDI.

34 As considerações acima conduzem, de modo inarredável, à conclusão da irrelevância dos eventuais erros cometidos por um licitante acerca da estimativa de BDI, no caso específico da Concorrência nº OO/O-CPL, do Estado A.

A omissão de despesas essenciais ou a inclusão de despesas inexistentes não provocaria qualquer efeito jurídico, no caso concreto. Não seria possível sancionar o licitante por equívocos na composição do BDI. Nem caberia refazer o valor global ofertado pelo interessado, sob fundamento de que uma certa verba fora incorretamente estimada.

Um exemplo permite compreender mais adequadamente o raciocínio. Suponha-se que um licitante tivesse omitido a previsão acerca da incidência de um certo tributo existente à época da licitação. Imagine-se que o equívoco consistisse em supor que o ISS não incidiria sobre os serviços correspondentes. Portanto, o valor ofertado pelo licitante seria insuficiente para cobrir determinada despesa indireta. Seria possível a Administração refazer o valor global ofertado pelo particular, para incluir a despesa? Seria cabível que o licitante, após contratado, pleiteasse a modificação do valor do contrato, produzindo-se compensação pelo montante da carga tributária não

prevista no BDI?

A resposta para ambas as indagações é negativa. Quando muito, poder-se-ia aplicar o disposto nos arts. 44, § 30, e 48, *caput*, da Lei de Licitações. Se fosse verificado que a proposta formulada pelo licitante seria insuficiente para cobrir seu custo, a solução seria a desclassificação por inexecuibilidade (alternativa de que discorda, ressalte-se, o signatário).

O princípio geral consiste em que o licitante arca com os efeitos de seus equívocos. Se estimar valor insuficiente para cobertura de seus custos, o resultado será o prejuízo. Se estimar valor excessivo, correrá o risco de derrota no certame, visto que outros licitantes poderão formular propostas mais competitivas.

O que não se admite é que a Administração assumira o encargo de compartilhar com o licitante a responsabilidade por dados e informações absolutamente privados.

Ou seja, se um tributo tiver alíquota de 10% e o licitante supuser que ela seria de 1%, o problema será preponderantemente privado. Caberá a ele arcar com as conseqüências derivadas do erro. Mas apenas se pode adotar essa concepção na medida em que seja ela válida também para a hipótese oposta. Ou seja, se a alíquota for de 1% e o licitante considerar 10%, essa também é questão alheia às considerações da Administração.

35 Portanto, a previsão de valores superiores aos corretos, constante em planilha de BDI, nunca poderia autorizar a Administração a desclassificar uma proposta — ao menos, numa situação tal como a ora examinada, tomando em vista a disciplina adotada no ato convocatório. Nem caberia à Administração imputar à proposta qualquer defeito ou vício, apto a produzir algum efeito jurídico. Quando muito, poder-se-ia supor que essa teria sido uma das alternativas buscadas pelo licitante para promover a “diluição de custos” determinada explicitamente no próprio edital. Em todos os casos, o fundamental era o valor global da proposta (a partir dos preços unitários), o qual seria considerado como o critério de julgamento. As informações constantes da planilha poderiam ser relevantes para outros fins, tal como modificações contratuais (por exemplo).

Tanto bastaria, portanto e *data venha*, para afastar as críticas apontadas no relatório examinado. A pura e simples discordância entre um dado constante de planilha apresentada pelo licitante e as regras jurídicas é insuficiente para produzir algum efeito jurídico específico e peculiar. O princípio da instrumentalidade das formas retira do defeito o cunho de autonomia e suficiência para acarretar sanção ao licitante.

V.4 - A AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE DEFEITO NO CASO CONCRETO.

36 Observe-se que, no caso concreto, nem sequer chegou a se caracterizar

erro da Consulente acerca dos custos.

As estimativas contidas na planilha, segundo as informações e os documentos apresentados, eram corretas e perfeitas. A carga tributária a ser assumida pela Consulente era aproximadamente aquela indicada na planilha. O equívoco não consistiu na estimativa das despesas, mas na mera grafia material da denominação da rubrica.

A Consulente poderia ter optado por lançar uma rubrica generalizada, com o título de carga tributária. Nenhuma controvérsia maior surgiria, então. A Consulente optou por discriminar as diversas parcelas componentes de seu custo fiscal. Ao fazê-lo, omitiu a referência a alguns tributos — os quais eram existentes e tinham de ser considerados para fins de correta avaliação dos custos indiretos.

Para sintetizar, a Consulente não se equivocou acerca da estimativa dos custos indiretos, mas apenas preencheu incorretamente a planilha. Isso é tanto mais justificável em virtude da ausência de um modelo formal contendo diferenciação precisa e distinta dos reflexos econômico-financeiros de cada tributo existente no sistema jurídico brasileiro.

Ou seja, a vontade da Consulente formou-se de modo perfeito e correto. Se algum defeito pode ser localizado, consistia na via através da qual a Consulente transmitiu à Administração suas estimativas sobre a carga fiscal. A instrumentalidade das formas impõe o dever de ignorar a mera grafia das palavras contidas na planilha elaborada pela Consulente e buscar a vontade que exteriorizavam. Isso conduzia à constatação de que se passara equívoco formal irrelevante.

V.5 - A DISPUTA ACERCA DA EXTENSÃO DA CARGA FISCAL.

37 Por outro lado, afigura-se inviável a investigação por parte da Administração Pública sobre a avaliação realizada pelo licitante acerca da extensão da carga tributária.

Cada empresário dispõe de determinada estrutura organizacional e de um planejamento tributário peculiar. Isso se reflete na diversidade dos efeitos da carga tributária.

Pode-se estabelecer um paralelo imperfeito com a situação das pessoas físicas. Cada contribuinte possui um número diverso de dependentes, desembolsa valores distintos a propósito de despesas médicas, escolares e assim por diante. Logo, a carga tributária efetiva de cada contribuinte pessoa física é diversa. Não é possível imaginar que duas pessoas físicas, que tenham o mesmo rendimento, pagarão necessariamente a mesma importância a título de imposto de renda. O mesmo se passa com as empresas, a propósito da infinidade de tributos incidentes sobre as atividades necessárias à execução de um certo contrato.

Ao elaborar sua proposta, incumbe ao licitante formular uma estimativa da carga fiscal que resultará daquele específico empreendimento. Essa avaliação não se confunde com a aplicação automática das alíquotas previstas em lei. A efetiva extensão da carga tributária dependerá de uma pluralidade de alternativas, inclusive com o risco de resultados superiores às alíquotas nominais. Esse risco é tanto mais elevado em virtude da natureza cumulativa de inúmeros tributos, tais como o ISS e as contribuições sociais. Há o risco de incidência de uma mesma contribuição sobre diversas etapas de um processo econômico, o que produzirá um efeito de cumulatividade.

Essas estimativas são realizadas pelo licitante e não cabe à Administração o poder de interferir sobre elas. Não há competência estatal para discutir se os efeitos fiscais coincidirão ou não com a carga fiscal nominal.

Portanto e ainda prestando o maior respeito ao C. TCU, não há fundamento para questionar a avaliação da carga fiscal realizada pelo licitante, com a finalidade de apontar uma estimativa excessiva e defeituosa.

Essa ponderação adquire relevância peculiar a propósito da estimativa adotada pela Consultente acerca dos efeitos fiscais da contribuição para o Finsocial. Examinando a disciplina legal da contribuição e considerando a estrutura empresarial necessária à execução do objeto contratual, a Consultente concluiu que a carga fiscal real seria superior à alíquota prevista na Lei. Destaque-se que esse risco derivava não da vontade da Consultente, mas da circunstância de o Brasil adotar sistema tributário irracional e elevadamente defeituoso, sob o ponto de vista da Ciência das Finanças. Essas características têm motivado propostas de revisão do sistema tributário nacional, as quais não se concretizaram na realidade.

O que não é possível é submeter a Consultente a formular projeção incorreta, afastada da realidade. Isso conduziria a resultados muito negativos, incompatíveis com as exigências correspondentes a uma gestão administrativa séria.

VI— A SITUAÇÃO CONCRETA EXAMINADA QUANTO AOS ENCARGOS SOCIAIS.

38 As ponderações realizadas acima se estendem às objeções pertinentes aos “encargos sociais”.

38.1 Como se passa em todas as licitações, o particular contratado arcará com todos os encargos trabalhistas diretos e indiretos. Isso significa incumbir-lhe calcular todas as despesas dessa natureza, sem possibilidade de invocação posterior de omissão acerca das estimativas realizadas.

38.2 A Consultente projetou que as despesas trabalhistas indiretas e derivadas montariam a 136% dos salários. Correta ou incorreta a estimativa, trata-se

de questão puramente interna da órbita privada da Consulente. Não cabe à Administração impugnar essa estimativa pelo preciso motivo de que a suficiência ou insuficiência do montante não apresenta pertinência a si.

38.3. Ressalte-se que a determinação dos encargos trabalhistas pode ser variável em função da estruturação adotada pelo licitante acerca da execução da obra.

38.4 Ademais disso, existem inúmeras disputas entre particulares e as entidades encarregadas pela Seguridade Social acerca da avaliação dos encargos sociais. A fixação da contribuição sobre a folha de salários tem gerado controvérsias infundáveis, visto que o sistema de seguridade demanda a ampliação crescente e permanente de receitas. Daí a ocorrência sempre reiterada de autuações e imputações de infração, as quais são acompanhadas de ameaça de tipificação penal das condutas praticadas pelo empresário.

Ou seja, se o empresário deixar de recolher determinada verba por reputá-la indevida, estará sujeito não apenas à responsabilização tributária, mas também a processo penal.

38.5 Como se não bastasse, a divergência de entendimentos acerca da extensão de encargos sociais poderá desaguar na ausência de regularidade perante o INSS — motivo bastante e suficiente para impedir o acesso da empresa às licitações promovidas pela Administração Pública.

38.6 Logo, todos os fatores conduzem à adoção das mais extremadas cautelas no tocante ao cálculo dos encargos sociais. Essa conduta reflete a preservação dos interesses da Consulente, sem possibilidade de qualquer interferência do Poder Público.

39 Aliás, a questão até pode apresentar alguma relevância para a Administração Pública, especialmente em vista do disposto no art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666, com a redação da Lei nº 9.032/95. Trata-se da regra de que a Administração Pública responderia solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

O dispositivo tem gerado disputas muito sérias, com imputação à Administração Pública de responsabilidade pelo pagamento de encargos de dimensão vultosa, originariamente atribuídos aos particulares por ela contratados. Não se questionará, neste ponto, a eventual inconstitucionalidade da regra. Mas a aplicação do dispositivo significa que o risco de subestimativas pelo contratado acerca dos encargos sociais poderá acarretar a transferência para a Administração Pública da responsabilidade por sua liquidação. Assim, se um licitante estimar que os encargos sociais montam a 80% e se verificar que atingem a 136%, o resultado poderá ser a impossibilidade de adimplemento tempestivo a eles por parte do empreiteiro. Como decorrência, abrir-se-á a oportunidade para a Administração ser responsabilizada solidariamente.

Logo, entre uma estimativa mais reduzida e uma mais elevada acerca dos encargos sociais, os princípios básicos atinentes à gestão do interesse público exigem que se prestigie aquela de maior valor.

40 Por fim, afigura-se que o tema comporta um argumento final e definitivo. O Relatório do TCU não identifica como incorreta a carga de 136% utilizada no BDI da Consulente. Restringe-se a afirmar que outras empresas adotam valores mais reduzidos.

Ora, é perfeitamente possível que a Consulente esteja correta na sua estimativa e que o equívoco seja das outras empresas. Essa possibilidade é inafastável e não foi objeto de cogitação por parte do douto Relatório. Não se poderia reprovar a Consulente, sob essa perspectiva, por adotar a solução mais adequada.

VII - A SITUAÇÃO CONCRETA EXAMINADA QUANTO AO CRITÉRIO COMPARATIVO

41 Outro ponto a considerar consiste na utilização de critérios comparativos por parte dos órgãos técnicos do TCU. Isso se passou não apenas no tocante aos encargos sociais, mas também no tocante à margem de lucro adotada pela Consulente.

VII.1 A ADOÇÃO DE MARGEM DE LUCRO LINEAR.

42 O Relatório aponta uma pretensa anomalia, consistente na adoção de índice linear de 47%, aplicável não apenas no âmbito de mão-de-obra como também dos insumos materiais propriamente ditos. Em outros contratos, seria praxe a adoção de margens de lucro diferenciadas.

A argumentação se configura, ao ver do signatário, como totalmente descabida.

43 Não existem regras jurídicas disciplinando a formação do BDI nas licitações. O tema é regulado pelos atos convocatórios, tomando em vista as concepções técnicas preponderantes.

43.1 O universo legislativo não contempla regra sobre o tema. Não há regramento acerca dos critérios para fixação de margem de lucro. E assegurada autonomia para o licitante escolher a melhor solução acerca dessa questão.

43.2 Nem houve regulação desse tema por parte do ato convocatório, no caso concreto. A única alusão constava do subitem 7.6.1.6, em que se exigia o demonstrativo da composição percentual para o BDI. A fórmula literal do dispositivo induzia, aliás, à adoção de uma taxa de lucro linear.

43.3 Isso significou que um licitante podia optar por estabelecer margem de lucro linear ou não. Qualquer uma das alternativas seria juridicamente equivalente para a Administração Pública, pois ambas envolvem temas não subordinados à fiscalização administrativa.

43.4 Portanto, a opção realizada pela Consulente não pode ser acoimada de indevida, anômala ou defeituosa. Tratou-se de exercer uma faculdade assegurada juridicamente à parte, sem possibilidade de ser extraído qualquer efeito danoso aos interesses da Consulente pela escolha por uma das alternativas disponíveis.

VII.2 - A COMPARAÇÃO DAS MARGENS DE LUCRO.

44 Outra “irregularidade” identificada pelo douto Relatório seria a disparidade entre a margem de lucro prevista pela Consulente e as praticadas em outras contratações semelhantes, na órbita de outros órgãos.

45 Em primeiro lugar, o argumento não apresenta sustentação constitucional. Infringe, simultaneamente, os princípios da legalidade e da livre empresa.

45.1 Como dito acima, não há regras jurídicas dispendo sobre margem de lucratividade em contratos administrativos. Portanto, qualquer empresário é livre para adotar as margens de lucro que se lhe afigurarem adequadas, necessárias ou convenientes.

Como não há disciplina legal sobre a matéria, presume-se tutelada a autonomia individual, a qual encontra por limites os princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira. Como regra, portanto, o licitante não pode ter impugnada a sua escolha acerca da margem de lucro.

45.2 Por outro lado, tal deriva do princípio da livre empresa. Ou seja, qualquer disciplina regulatória acerca de margens de lucro nas contratações seria constitucionalmente insustentável.

Um dos princípios fundamentais do capitalismo, consagrado constitucionalmente entre nós, é a liberdade empresarial. O princípio da livre empresa significa que um particular dispõe da autonomia não apenas no tocante à organização dos fatores da produção, mas também na fixação dos seus preços.

O regime de mercado significa que a lei da oferta e da procura é o instrumento primordial para a determinação dos preços, os quais variam segundo as circunstâncias econômicas.

45.2 A intervenção estatal sobre o domínio econômico visa a reprimir o abuso do poder econômico e ordenar a política econômica nacional. Daí a adoção de

determinados instrumentos, tais como a vedação a reajustes em prazo inferior a doze meses.

Mas permanece assegurada a autonomia do empresário para adotar margens de lucro maiores ou menores.

46 O que se admite é que a Administração estabeleça um limite máximo para as propostas, tal como previsto no art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666. Mas essa alternativa não foi utilizada pela Administração no caso concreto.

47 Por outro lado, a padronização da margem de lucro conduziria à desnaturação das licitações.

Suponha-se que a Administração pudesse impor margens de lucro homogêneas, a serem respeitadas obrigatoriamente pelos licitantes. Isso conduziria à recondução de todas as propostas aos mesmos parâmetros. Todos os licitantes ofertariam valores similares, sob pena de desclassificação de suas propostas.

48 Observe-se que essa alternativa até já foi praticada no Brasil, com efeitos extremamente nocivos. Tratava-se da sistemática do “preço-base”, cuja adoção produziu danos irreparáveis ao interesse público. Bem por isso, o art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666 explicitamente proíbe a utilização de critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência.

Com o maior respeito, o Relatório do TCU pretende produzir precisamente o efeito vedado nessa disposição. Trata-se de estabelecer parâmetros sobre médias acerca de margem de lucro, admitindo-se apenas variações dentro de certos limites.

49 Ademais disso, tem-se de reconhecer que a autonomia constitucionalmente assegurada aos particulares autoriza-os a escolher não apenas a margem de lucro para seus negócios. Também podem determinar sua lucratividade em face das circunstâncias do caso concreto, especialmente em virtude de certos fatores econômicos.

Assim, imagine-se que certa empresa se encontre em situação financeira difícil, com necessidade de obtenção de novos negócios para manter seu aparato industrial e laborativo em operação. Isso poderá conduzi-la a reduzir suas expectativas de lucro em face de determinada licitação. Incluirá margens de lucro mais reduzidas em seu BDI.

Em outros casos, poderá ocorrer um benefício derivado do custo marginal. Suponha-se que a empresa disponha de ociosidade em sua estrutura empresarial, de modo que seus custos diretos e indiretos serão inferiores aos de outros competidores. Essa perspectiva poderá conduzir a empresa a elevar ou a reduzir sua margem de lucro.

50 Existem incontáveis fatores norteando a fixação da margem de lucro de

cada empresa, em cada contratação.

50.1 Isso não significa a impossibilidade de utilização de critérios estatísticos. É perfeitamente possível produzir estudos acerca das margens usuais de lucr.atividade. Mas isso somente poderá fazer-se com rigorosa aplicação dos princípios científicos da Estatística. Será necessário identificar pontos comuns e diferenças, características de determinado empreendimento que o tornam especial e assim por diante. Não é possível adotar comparações que não tomem em vista todas as diversidades existentes nos variados casos.

Extrai-se a impossibilidade de apontar como anômala uma certa margem de lucro adotada em uma contratação através da pura e simples afirmativa de que, em outros contratos similares, seriam praticadas margens de lucro inferiores.

No caso concreto, isso envolveria o exame das outras contratações apontadas pelo Relatório e seu cotejo com aquela especificamente considerada. Ter-se-ia de avaliar as condições experimentadas pelas diferentes empresas envolvidas. Seria necessário considerar as dimensões dos empreendimentos. Enfim, qualquer conclusão dependeria do exame circunstanciado das diferentes contratações consideradas.

50.2 Porém e além disso, a produção de efeitos jurídicos a partir de avaliações estatísticas deverá ser objeto de critérios objetivos e predeterminados. Não é possível remeter à discricionariedade de uma autoridade a escolha de critérios estatísticos de comparação tanto quanto não se admite que uma autoridade administrativa escolha como e quando aplicará (ou não) critérios estatísticos. Adotar solução dessa ordem conduzirá à consagração de prática infringente dos arts. 44, § 1º, e 45 da Lei de Licitações.

50.3 O signatário supõe que a fixação de limites máximos de variação de margem de lucro ofende a Constituição. Mas, se tal não se caracterizar, sua adoção dependerá da previsão em lei — o que não se configura no caso concreto. Quando menos, teria de existir ato administrativo de natureza regulamentar disciplinando a matéria, inclusive para sua aplicação generalizada, em todos os casos, segundo critérios padronizados e semelhantes.

51 Situações similares foram objeto de reprovação por parte do próprio TCU.

Num dos julgados acima referidos (Decisão nº 577/2001-Plenário), a Corte de Contas emitiu determinação para exclusão de cláusulas editalícias que prefixassem salários ou faixas salariais, tendo em vista a falta de amparo legal. Ao examinar os argumentos acerca da padronização de determinados custos, afirmou-se que “não é de modo algum estranho que as empresas ofereçam propostas com valores diferentes entre si, para execução dos mesmos serviços. Isso não fere a isonomia, como alega a ...; ao contrário, é a essência do princípio da competitividade. Tentar igualar artificialmente as propostas é negar a razão de ser do procedimento licitatório”.

A prefixação de faixas salariais desempenhava a mesma função da delimitação das margens de lucratividade dos licitantes para execução de contratações similares, O tratamento a ser dado a ambas as hipóteses é similar, não sendo admissíveis práticas dessa ordem.

VIII CONCLUSÃO.

52 Em vista desses fundamentos, formulo as seguintes respostas para os quesitos apresentados.

a) Qual a função de planilhas demonstrativas de formação de preços e custos, exigidas como anexos às propostas dos licitantes?

Resposta: A identificação da função de planilhas anexas às propostas depende das regras previstas no ato convocatório. Em termos gerais, reputa-se que a função é meramente auxiliar, já que os dados constantes das planilhas podem ser superados e ignorados para preservar propostas reputadas como satisfatórias. Nada impede que o ato convocatório expressamente determine a função meramente informativa e acessória da planilha.

b) No caso concreto, o edital determinou a função da planilha demonstrativa de BDI?

Resposta: Embora não houvesse no edital regra explícita nesse sentido, pode-se extrair que a natureza das planilhas era meramente informativa. Essa conclusão deriva da preponderância atribuída pelo edital aos termos da proposta de preços propriamente dita, determinando-se que todos os custos diretos e indiretos estariam ali abrangidos, presumindo-se diluídos nas diferentes parcelas. Ademais disso, nem sequer se estabeleceu forma determinada para a planilha de BDI.

c) É cabível o licitante comprovar perante a Administração serem corretos os valores numéricos contidos em planilha de BDI juntada com sua proposta, desconsiderando-se a equivocada denominação da rubrica aposta?

Resposta: Sim, as orientações jurisprudenciais (inclusive do TCU) inclinam-se a vedar a eliminação de propostas derivada exclusivamente do defeito formal. E necessário verificar se a vontade da parte foi exteriorizada de modo suficientemente claro e incontroverso. Se os valores do BDI estão corretos e existe mera incorreção na denominação atribuída pelo licitante à parcela, isso não caracteriza defeito relevante ou insanável.

d) A descoberta, após encerrada a licitação e formalizada a contratação, de equívoco na elaboração de planilha de BDI configura pressuposto para anulação da contratação?

Resposta: **Como regra, não. Estando em curso a contratação, a anulação do contrato produziria efeitos extremamente nocivos ao interesse público. De todo modo, se a revelação do defeito for acompanhada de justificativa satisfatória, evidenciadora da ausência de relevância de tal vício, dever-se-á reputar suprido o defeito.**

e) A equivocada denominação lançada pelo licitante na rubrica de planilha de BDI caracteriza vício irreparável, especialmente estando lançados corretamente os valores numéricos correspondentes?

Resposta: **Não, especialmente quando o edital não continha modelo de planilha de BDI, cabendo a cada licitante conceber o formulário de que se utilizaria. Verificando-se a correção dos valores e o defeito na indicação da abrangência da rubrica, deve-se reputar existente mera irregularidade. Ressalve-se que o signatário entende que, na maior parte dos casos, o equívoco quanto aos termos das planilhas deve ser assumido exclusivamente pelo licitante - desclassificando-se as propostas apenas quando se caracterizar defeito efetivamente insuperável.**

f) O Estado pode considerar como eivada de defeito relevante uma proposta em virtude de mero equívoco formal, quando se comprovar que os desembolsos previstos pelo licitante correspondem aproximadamente aos valores constantes em planilha de BDI?

Resposta: **Não, não existe qualquer defeito de fundo numa planilha que enuncia estimativas extremamente próximas da realidade para os custos de BDI. A irregularidade no tocante à identificação da abrangência da verba é destituída de relevância para caracterizar defeito insanável.**

g) O Estado pode considerar como eivada de defeito relevante uma proposta sob fundamento de que a estimativa de encargos sociais é superior àquela adotada em outras contratações?

Resposta: **Não, especialmente quando o Estado não aponta equívoco no tocante à estimativa de encargos sociais. A disparidade entre várias propostas reflete a autonomia dos interessados para elaborar suas ofertas.**

h) É
juridicamente possível o Estado padronizar margens de lucro dos particulares para fins de contratação administrativa, tornando-as uniformes independentemente das circunstâncias de cada contratação?

Resposta: **Não, não há fundamento constitucional e legal para tal solução. A variação das margens de lucro oferecidas reflete o funcionamento de uma economia de mercado.**

i) Caracteriza-se defeito quando um licitante elabora proposta com BDI diverso daquele praticado pela própria licitante ou por terceiros em outras licitações?

Resposta: **Não. Tal como acima apontado, as circunstâncias de cada operação podem conduzir a escolhas distintas dos agentes econômicos no tocante à estimativa de seus lucros.**

j) Cada licitante é livre para avaliar, em cada caso concreto, a dimensão do BDI correspondente e adequado a uma determinada obra?

Resposta: **Sim, essa autonomia deriva do princípio da livre empresa e da sistemática consagrada na Lei de Licitações para as disputas entre os diversos interessados.**

É o parecer.